

UNIVERSIDAD DEL SALVADOR
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

TESIS DOCTORAL

**"EL CÓDIGO CIVIL Y LOS VICIOS DE
LA VOLUNTAD DEL ACTO
ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO
ARGENTINO"**

DOCTORANDO:

GUSTAVO E. SILVA TAMAYO

DIRECTOR:

DR. CARLOS ALBERTO GHERSI

2010

Silva Tamayo

Dr. M. A. Ghera
Dr. G. A. Ghera
Dr. G. A. Ghera

Dr. A. Ghera

INTRODUCCIÓN

El estudio de los vicios de la voluntad en el acto administrativo, ha sido un camino escasamente transitado por la doctrina y jurisprudencia y en los, por cierto contados, tratamientos puntuales que se le ha dispensado o bien el tema se ha abordado de manera incorrecta, o bien la aproximación del intérprete se ha detenido en la puerta de entrada, sin traspasar el vano de la misma.

Esta actitud, refractaria o tímida sobre la cuestión, se ha debido a la conjunción de un sinnúmero de causas, que trato a lo largo de mi investigación, pero que, en definitiva, han tenido como inmediata consecuencia la de impedir que se ahonde en la rica casuística ínsita en ella, obstando, a la par, a la obtención provechosa de las consecuencias prácticas que pueden derivarse de un análisis abierto, despojado de atavismos y profundo, que lleve a la raíz misma del problema, en vez de eludirla bajo argumentaciones que pecan de los mismos defectos de todo pensamiento jurídico dogmático y abstracto, divorciado de la acción humana.

Es que el Derecho es un saber eminentemente práctico, por lo que, más allá de cualquier postura teórica que se adopte para comprenderlo y explicarlo, ella nunca permanecerá indiferente a la realidad social.

El campo prácticamente inexplorado de la incidencia de los vicios de la voluntad psíquica en la voluntad orgánica en los actos administrativos, se presenta, así, a mi juicio, con una importancia tal que excede a la de un saber especulativo o teórico, proyectándose como una nueva llave de control de la actuación de la Administración, mayormente reglada o mayormente discrecional, que es como decir, de todo el universo comprensivo de las distintas manifestaciones de la actividad administrativa, para mantenerla dentro de su cauce formalizado teleológicamente hacia la satisfacción de necesidades públicas o intereses generales de la comunidad que, en todo Estado de Derecho Social y Constitucional, es la nota que le insufla vida y justifica su existencia.

Es, precisamente, ese cariz vicarial del obrar administrativo el que necesita de márgenes de "libertad" cada vez más amplios para cumplir con eficacia esos cometidos -que han crecido exponencialmente en lo cualitativo y cuantitativo en las últimas décadas-, el que reclama, a la vez, de un perfeccionamiento perenne

de su contralor; de un escrutinio verificador de su correcto uso y de la eficaz y ética aplicación de los recursos públicos que, en suma, son los de la comunidad toda.

Es, en este paisaje, en el cual aparece notablemente engarzado el Código Civil, pues el esquema de construcción de una teoría de los vicios de la voluntad orgánica, no puede desentenderse de él, sea para aplicar nociones que se desprenden de su articulado y migran, sin esfuerzo alguno, al propio reducto administrativista, sea para elaborar por analogía, desde esa base, soluciones que las necesidades propias de esta disciplina requieren especificar en el caso concreto a resolver.

En estas páginas introductorias, entonces, indicaré algunas cuestiones relativas al objeto y a la metodología del presente trabajo de investigación.

I. El objeto de estudio.

El objeto sobre el que se centra la investigación propuesta es, entonces, el de los vicios de la voluntad en el acto administrativo y cómo, y hasta qué punto, el Código Civil resulta ser el instrumento válido que ha permitido configurarlos y que, en potencia, también puede convertirse en la herramienta que arbitre las respuestas adecuadas frente a una casuística, casi huérfana de ellas, pero que puede poner al operador jurídico en una encrucijada de difícil escapatoria.

Para ello, y en sentido estricto, me limité al estudio de la incidencia que representa la obra de VÉLEZ en la regulación del acto administrativo, y sus vicios, contenida en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549 (arts. 7 y 14, inc. a).

En efecto, sin pretender restar un ápice de importancia a las regulaciones de los ordenamientos locales las que, incluso, en algunos supuestos como las Leyes de Procedimientos Administrativos de las Provincias de Neuquén y Salta presentan netos tintes "subjetivistas", debí necesariamente acotar ese objeto en forma voluntaria y convencional pues, de lo contrario, esta labor se hubiera extendido en demasía, debido al -inevitable- análisis de jurisprudencia -e, incluso, de doctrina-, locales que debería también contener.

Por las mismas razones, el bosquejo comparatista que efectué se circunscribió, exclusivamente, a los sistemas francés y español, no sólo por la directa impronta de ambos sobre el Derecho Administrativo argentino, sino también por la circunstancia de haber sido el *Code* -y la obra de los comentaristas franceses-, una de las fuentes principales de las que se nutrió VÉLEZ para redactar nuestro Código Civil. Ello tampoco debe entenderse como negación de la relevancia de otros sistemas. Es más, las referencias a la obra de otros autores, en especial los alemanes en torno a la formulación de una teoría "sustancial" del acto administrativo, revisten también capital importancia y brindan sustento a mi tesis, por lo que ellas se han incluido en el trabajo.

Esta primera delimitación del contorno investigativo, entonces, respondió a una necesidad práctica que, en el caso, viene representada por la redacción del trabajo en un espacio de proporciones razonables.

Pero, por otra parte, la limitación obedeció, además, a la necesidad de realizar una investigación coherente y sistemática, canalizando los esfuerzos exclusivamente en la dirección propuesta, evitando la dispersión de los mismos.

2. Sistemática y puntos de partida para el análisis.

En el punto anterior he descripto el objeto sobre el que versó mi labor investigadora por lo que, una vez delimitado y definido el mismo, es necesario, ahora, fijar el punto de partida que utilicé para su estudio. Ello con sustento en la aspiración de construir, sobre esas bases, una serie de hipótesis que me propuse demostrar mediante el relevamiento y examen del material probatorio que pude obtener en mi labor de campo.

Esta etapa inicial del proceso, requirió de una toma de posición previa a todo análisis ulterior, y es la que, en el presente, me ha persuadido de que el tema objeto de este trabajo fuera estudiado desde una perspectiva sistémica. Así, he procedido a discriminar sistemas y subsistemas los que, con funciones específicas, pero nítidamente interrelacionados entre sí, interdependientes e interactuantes, tienen por finalidad la obtención de determinados objetivos dentro de un plan, lo cual implica la inexistencia de una ruptura de cada uno de ellos con los demás.

De esta manera, y según explico en detalle en el trabajo, es como mejor pueden estudiarse los fenómenos sociales en general, y

los jurídicos en particular, por cuanto las Ciencias Sociales carecen de concordancia fáctica entre las hipótesis deducidas y las regularidades empíricas, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el ámbito de las Ciencias Naturales y Exactas.

La Teoría de los Sistemas, entonces, me permitió extraer al menos cuatro consecuencias trascendentales en relación al objeto de estudio de esta tesis, las que tomé como punto de partida para la formulación de mis hipótesis.

La primera de ellas es la unidad del Derecho como realidad (social) y la de la Ciencia del Derecho como única ciencia, más allá de las divisiones que de esa realidad o esa ciencia -sus subsistemas, que usualmente se denominan ramas- puedan trazarse con criterios empíricos o científicos. Esta consecuencia es la que permite advertir la influencia -como acontece en relación a tantas otras instituciones del Derecho Administrativo-, del Código Civil, sobre la teoría de los vicios de la voluntad del acto administrativo o, lo que es lo mismo, la conexión, interrelación e interdependencia de un subsistema sobre otro.

La segunda, es la esencial mutabilidad y adaptabilidad de los sistemas jurídicos a los cambiantes entornos sociales, pues si la subsistencia de los mismos depende de su eficacia, ella sólo habrá de verificarse, si éstos logran asegurar una regulación justa de la conducta humana en sociedad, lo que de suyo implica un proceso de permanente variación y transformación.

Considerado el Derecho Administrativo como sistema, la eficacia de sus normas jurídicas determinará la del subsistema en el que se entroncan y, la de éste, a su vez, condicionará la eficacia del sistema en el que está inserto, evitando la parálisis o *entropía* que podría llevarlo a su destrucción. Ello explica que aquello que hoy consideremos "sistema", tal vez mañana deje de serlo.

Es decir que, de un lado, los límites abarcativos del concepto son de una provisionalidad absoluta y, de otro, no nos impiden, hechas las precisiones necesarias del caso, considerar también como "sistemas" a otros que se hayan sucedido en el tiempo histórico. Se trata, en suma, de describir las propiedades denotativas y connotativas del objeto en tratamiento para despejar su ambigüedad y vaguedad (actual o potencial).

La tercera, es que esa visión nos deja apreciar que la función administrativa, y el Derecho Administrativo, en cuanto ejercicio y regulación del poder público, han existido *siempre*.

La cuarta, es que la aplicación *directa* de las reglas de Derecho Privado en el Derecho Administrativo, es escasa y bien circunscripta. El Derecho Administrativo toma, por su mayor desarrollo sistemático, criterios privatísticos pero no los mantiene incólumes: les confiere un sesgo publicístico que ya no permitirá identificarlos con su concepción originaria. Así lo ha hecho tradicionalmente, v.g.: en materia de actos jurídicos administrativos; de contratos de la Administración; de Responsabilidad del Estado; etc.

3. Metodología.

Desde la perspectiva sistémica abordada he optado por utilizar un enfoque epistemológico que tome las verdades próximas de todas las Ciencias, poniendo al Derecho en un contexto donde, al igual que en cualquier otro hecho social, aparecen sus condicionantes estructurales y sistemáticos (la historia, las ideologías, la sociología, la economía, el discurso, la lingüística) y lo aleje, por lo tanto, de la estancación, la abstracción y el dogmático propios de las corrientes jurídicas alumbradas a la luz del liberalismo¹.

Bajo este miraje, a lo largo del trabajo, utilicé, el método analógico de esencial importancia en Derecho Administrativo ante la frecuente presencia del denominado "caso administrativo no previsto", el cual, a partir del análisis de soluciones particulares, me permitió obtener, por inducción, el principio que las informa para así buscar, seguidamente, las condiciones del mismo principio en otras hipótesis a las que se lo hube de aplicar por vía de deducción.

El resultado del método empleado me ha posibilitado elaborar las hipótesis que, demostradas a través de las pruebas obtenidas en la labor exploratoria, sustentan mi tesis la cual, es dable estimar como correcta o probable, por la observancia de dos requisitos.

El primero, porque la tesis es el resultado de un amplio conjunto de observaciones que he realizado sobre la base de un modelo que no contiene parámetros arbitrarios, en tanto viene determinado por la propia realidad social, y han sido debidamente

¹ Cfr. GHERSI, Carlos A., *Metodología de la investigación en Ciencias Jurídicas*, Gowa, Haedo, 2º edición, ps. 19-36.

comprobadas en el marco de la provisionalidad propia del saber jurídico.

El segundo, porque los resultados a los que arribo con mi tesis pueden, aunque conjeturalmente, aplicarse hacia el futuro. En efecto, la condensación de las hipótesis en la tesis, no ha dejado de tomar en cuenta el papel transicional del Estado en la actual coyuntura política, económica, social y jurídica y su probable mutación hacia otras formas de estatalidad. Pero, la mutación acelerada que pueda experimentar la noción de "Estado" en los presentes tiempos de Posmodernidad y Globalización, no afectará, empero, las conclusiones que dimanen de mi tesis.

No se trata, sin embargo, de una formulación predictiva de comportamientos humanos venideros, sino de un juicio sólo probable o razonable, como el que pueda emitirse válidamente en todo el terreno de las Ciencias Sociales, en general, y de la Ciencia Jurídica en particular, en tanto, en definitiva, la comprobación en ésta última se hallará siempre condicionada por la confrontación dinámica de los intereses en juego de los actores y operadores jurídicos.

4. Diseño de prueba.

La recopilación y análisis de datos presenta el problema de tratarse, el objeto de estudio seleccionado, de un tema, como dije, poco o mal transitado, en el que no se cuenta, excepción hecha de la ley nacional, con materiales normativos ni jurisprudenciales profusos.

Tampoco, como advertí existen aportes doctrinarios que clarifiquen, en gran medida, la cuestión y, en todo caso, las posturas que se han pronunciado en concreto sobre mi objeto, son contrarias a la tesis que propugno. Sin embargo, esta última observación, no es en verdad una limitación, sino que, en todo caso, me ha permitido realizar hipótesis en un campo yermo, adentrándome en un espacio que puede ser la puerta abierta para futuras elaboraciones.

El examen de las fuentes primarias y secundarias con las que he contado (normas, jurisprudencia judicial y administrativa, doctrina; en todos los casos nacional y extranjera) me ha posibilitado, bajo un criterio de ordenación y selección cualitativos, efectuar mis propias consideraciones y opiniones.

La demostración de las hipótesis que he construido, ha requerido de un doble análisis comparatista: interrelacionado e interferido entre sí.

Por un lado, he llevado a cabo una comprobación de la estructuración, y consecuencias que conllevan, los vicios de la voluntad en el acto jurídico y en el acto administrativo. Por el otro, ese cotejo constante lo he efectuado dentro de los sistemas del derecho francés, español y nacional.

5. HIPÓTESIS DE TRABAJO

Para demostrar mi tesis, entonces, partí de cinco hipótesis de trabajo, a saber:

5.1. Primera: El acto administrativo es una especie de acto jurídico.

El acto administrativo es el resultado de un proceso sistémico-evolutivo y no el producto de un "big-bang" jurídico producido a raíz de la Revolución Francesa, como a menudo se lo suele presentar, omitiendo que se trata, ni más ni menos, de una construcción técnica peculiar e instrumental erigida a partir de las soluciones plasmadas en los códigos civiles.

5.2. Segunda: La competencia de los órganos y entes estatales no difiere, en esencia, de la capacidad de las personas jurídicas de Derecho Privado.

La noción de acto administrativo, con ser una de las que más atención ha despertado en la dogmática jurídica, reposa, en una -y evito llamarla "ficción", para no anclarme en pretéritas concepciones pasibles de reparos pragmáticos- *metafora jurídica*: la de la "voluntad orgánica". Esa voluntad orgánica requiere de una atribución de competencia que, en tanto se condensa en una esfera de actuación provista por el ordenamiento para establecer relaciones jurídicas, representa un concepto sustancialmente *idéntico* al de la capacidad de Derecho Privado.

5.3. Tercera: Los vicios en los elementos internos de la voluntad psíquica del funcionario titular del órgano (órgano-individuo) inciden, por regla, en la exteriorización de la voluntad estatal.

El acto administrativo, al igual que el acto jurídico, es voluntario, por lo tanto, la voluntad "psicológica-orgánica" puede verse afectada, en el terreno de las relaciones administrativas, por los mismos vicios que alteran la voluntad de las personas físicas, aun cuando las consecuencias, alcances y efectos que quepa atribuirles -por su impronta publicística- no sean exactamente iguales que en el campo de las relaciones privadas.

5.4. Cuarta: Los vicios en la voluntad psíquica del órgano-individuo adquieren mayor relevancia en torno a la actividad predominantemente discrecional de la Administración.

Toda la actividad administrativa es en parte reglada y en parte discrecional; el acto administrativo puede contener mayor o menor "dosis" de regulación o de "libertad" para el órgano. Pero la afectación de la voluntad psíquica, adquiere "autonomía invalidante" en la actuación "más" discrecional que en la que se presenta como "más" reglada pues, en esta última, a menudo la falla se subsume en un defecto de carácter objetivo.

5.5. La verificación de la existencia de vicios en la voluntad orgánica se erige como un nuevo medio de control de la discrecionalidad administrativa.

Puesto que la función administrativa se construye, en forma prevaleciente, a partir de la discrecionalidad y habida cuenta de que ésta conlleva a dotar al órgano de un margen de apreciación y de volición para optar entre -al menos- dos alternativas conducentes para la satisfacción del interés público, a partir de esa premisa es que la exigencia de una voluntad psíquica intencionada y libre y, por ello, exenta de error, dolo, violencia o lesión se erige en un presupuesto de validez de esa actuación. El auxilio del instrumental teórico que provea el Código Civil en este punto al operador jurídico en el campo del Derecho Administrativo es, desde mi perspectiva, inevitable

6. ESTRUCTURA

Una vez delimitado el objeto de estudio y dispuesta la sistemática y puntos de partida para el análisis, así como la metodología seguida, la plasmación escrita de la investigación, la demostración de las hipótesis formuladas, se ha desarrollado según la siguiente estructura.

En primer lugar el trabajo se ha dividido en cinco capítulos que no se presentan como compartimentos estancos sino en estrecha conexión y con frecuentes referencias internas, cada vez que el hilo expositivo así lo requería.

En el Capítulo Primero, titulado "FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y ACTO ADMINISTRATIVO", he partido de un abordaje sistémico para caracterizar la función administrativa, en tanto manifestación de la actividad estatal y del Derecho Administrativo, como regulador "aprehensivo" de esa realidad; sus mutaciones y su evolución

paralelas a las propias experimentadas por el Estado, dentro de cada contexto histórico, social, político y económico en el que hubieron de producirse. Así hube de situar al acto administrativo como la expresión más acabada, el paradigma, de la función administrativa.

En el Capítulo II, titulado "EL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL ACTO O NEGOCIO JURÍDICO DEL DERECHO PRIVADO", establecí las que denominé como "bases civiles" del Derecho Administrativo, y su influencia en la formulación de la teoría del acto administrativo, demostrando, luego de un examen comparatista de las críticas a tal reconocimiento, la primera de las hipótesis planteadas: que el acto administrativo es una especie de acto jurídico.

En el Capítulo III, bajo el rótulo de "LA TEORÍA DEL ÓRGANO Y SUS CONSECUENCIAS EN EL CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO. LA AFECTACIÓN DE LA VOLUNTAD ORGÁNICA", extraje los orígenes y fundamentos de dicha teoría, correlacionándolos con la evolución del concepto de persona jurídica y de Estado. El estudio de las fuentes me permitió demostrar la segunda hipótesis, esto es, que no media diferencia de esencia entre capacidad y competencia de las personas jurídicas. En ese mismo capítulo, esboqué un posible concepto de acto administrativo para establecer las diferencias con el acto jurídico y dejar el camino abierto para la demostración de la tercera hipótesis en el capítulo siguiente.

La sistemática del Capítulo IV que, como su título anuncia, versa sobre "LA INFLUENCIA DEL CÓDIGO CIVIL EN LA CARACTERIZACIÓN DE LOS DEFECTOS O VICIOS DE LA VOLUNTAD EN EL ACTO ADMINISTRATIVO. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS CON LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD EN EL ACTO O NEGOCIO JURÍDICO DEL DERECHO PRIVADO", se abocó a un suscito, pero suficiente, tratamiento de la teoría de los vicios de la voluntad en el Código Civil, con un estudio particularizado en relación a cada vicio y su aplicación directa o analógica al acto administrativo. De resultas de ella, es como demostré que los vicios en los elementos internos de la voluntad psíquica del funcionario titular del órgano (órgano-individuo) inciden, por regla, en la exteriorización de la voluntad estatal, sea ésta producto del ejercicio de actividad mayormente reglada o discrecional, aun cuando, en torno a esta última, es en la que quepa extraer consecuencias prácticas de importancia.

En el Capítulo V, nominado "LOS VICIOS EN LA VOLUNTAD ORGÁNICA Y LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA", luego de precisar que, en realidad, la discrecionalidad administrativa existe

cuando se satisfacen las exigencias de la legalidad en la norma atributiva de competencia, tratándose, en suma, de una cuestión de graduación de esferas de "libertad" administrativa, demostré que la cuarta hipótesis, esto es, que los vicios en la voluntad psíquica del órgano-individuo adquieren mayor relevancia en torno a la actividad predominantemente discrecional de la Administración. Para acreditar ello situé los momentos espaciales y temporales del ejercicio discrecional.

De rondón, en este mismo capítulo, probé la quinta hipótesis que, en definitiva, es la que puede establecer el sentido utilitario o provechoso que debe esperarse de toda tesis, como lo resalta Umberto ECCO en su clásica obra²: la comprobación de que, cuando la emisión de voluntad orgánica reconozca como antecedente una voluntad psíquica viciada, puede erigirse en una herramienta útil a los fines del control de la discrecionalidad administrativa, perfeccionando y complementando, de este modo, aquellas técnicas aquilatadas a lo largo de la centuria pasada.

Una vez desarrollados los capítulos indicados, vertí, en el Capítulo VI, las conclusiones que se desprenden de las afirmaciones y demostraciones realizadas en los mismos y que recogen mi postura personal sobre el objeto investigado.

Esas conclusiones, huelga decir, no tienen la pretensión de dar por agotado el tema, no sólo porque el saber científico es de carácter eminentemente provisional, trátase de la disciplina que sea, sino porque tampoco me ha animado la veleidad de brindar una puntual y pormenorizada respuesta a todas las cuestiones susceptibles de ser planteadas, sencillamente porque tal vez no las posea o porque ni siquiera se me han ocurrido.

En el escenario cambiante y móvil de la realidad social, mi tesis, seguramente, concitará adhesiones y rechazos, pero mi aspiración es la de haber brindado un modesto aporte para el tratamiento de un tema que aguarda -y merece- ser considerado cabalmente, prodigándosele la importancia que reviste, en tanto, se vincula con el núcleo y esencia misma de un obrar administrativo eficaz, que no es otra cosa que el justo anhelo de toda sociedad democrática.

² ECCO, Umberto, *Cómo se hace una tesis*, Gedisa, Barcelona, 1º edición española, 2001, traducción de Lucía Baranda y Alberto Clavería Ibáñez, ps. 231-233.

PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS

art.: artículo

C.Civ.: Código Civil

C.N.: Constitución Nacional

Cap.: Capítulo

CE: Consejo de Estado

Cfr.: confrontar

cit.: citado

CNCiv: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil

CNCont.Adm.Fed: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso
Administrativo Federal

CNCom.: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación

ED: Revista "El Derecho"

EDA: Revista "El-Derecho Suplemento de Derecho Administrativo"

FALLOS: Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

INAP: Instituto Nacional de la Administración Pública

inc.: inciso

JA: Revista "Jurisprudencia Argentina"

LL.: Revista "La Ley"

LNPA: Ley Nacional de Procedimientos Administrativos

loc: lugar

p.: página

ps.: páginas

PTN: Procuración del Tesoro de la Nación

RAP.: Revista de Administración Pública

RED: Repertorio Revista "El Derecho"

REDA: Revista Española de Derecho Administrativo

SCBs.As.: Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

t.: tomo

TS: Tribunal Supremo

vol.: volumen

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

CAPITULO I

FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y ACTO ADMINISTRATIVO

*Para el jurista que trabaja con el Derecho vigente,
no hay Derecho actual y Derecho histórico
como mundos separados, sino Derecho vigente
y Derecho derogado, ambos son historia y presente,
es decir, un proceso de evolución de categorías,
conceptos e instituciones sin solución de continuidad.*
(GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, *Poder y Derecho*,
Marcial Pons, Madrid, 2009 p. 15)

I.1. El abordaje sistémico como punto de partida para la caracterización de la función administrativa.

I.1.1. Acerca de la aplicación de la teoría sistémica como aproximación al conocimiento de las Ciencias Sociales.

El problema con el que tropiezan las Ciencias Sociales, y el Derecho, por cierto, es parte integrante de ellas, es que, para reconocerles tal *status*, se les exige asegurar de antemano la adecuación de sus categorías teóricas al objeto. Las dificultades, entonces, se presentan enseguida. ¿Cómo conferir carácter científico a una materia esencialmente fugaz o cambiante? ¿Cómo, particularizando en relación al Derecho, y centrándose en la labor del juez, se puede propiciar la resolución de una controversia bajo un método científico y prescindir del arbitrio o discrecionalidad del que todo magistrado se halla investido? ¿Es una "Ciencia" aquél campo del saber en el que la respuesta a un determinado conflicto no pueda calificarse de verdadera o falsa sino como defendible y susceptible de ser argumentada?¹

¹ Aspecto que ha cobrado renovada vitalidad en la segunda mitad del siglo pasado a través de la retórica o pensamiento problemático que resalta la condición dialéctica o *tópica* del Derecho que utiliza proposiciones probables o verosímiles y se mueve en el terreno de lo opinable o conjetural. Ver entre otros: VIEHWEG, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, 1964, traducción de Luis Díez-Picazo; ESSER, Joseph, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*; PERELMAN, Ch. y OLBRECHTS-TYTECA, L, *Tratado de la argumentación*, Gredos, Madrid, 1989, traducción de Julia Sevilla Muñoz y ATIENZA, Manuel, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006. Como "...un arte de persuadir, de convencer a las personas sobre la verdad de lo que se dice, de obtener la victoria para la verdad, o, aún más, por la verdad" la describe Michel FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2º edición, 2003, traducción de Enrique Lynch, p. 66.

Adelanto que, en todo caso, lo que el Derecho reclama es que su estudio científico se revele con un método propio distinto -más no totalmente ajeno-, al de las Ciencias "no sociales", por cuanto su objeto de estudio es el Derecho positivo, el vigente -y justo-, aquí y ahora.

Pero al tratar esa visión de lo justo aquí y ahora no puede prescindir de una mirada a los grandes principios², de modo tal que la Ciencia del Derecho trasciende un valor utilitario y técnico en orden a la creación y aplicación de normas jurídicas destinadas a regular conductas en sociedad para adquirir un valor cognoscitivo propio³.

Estas dificultades son ajenas al ámbito de las Ciencias Naturales y Exactas pues, de ordinario, existe en ellas una concordancia fáctica entre las hipótesis deducidas y las regularidades empíricas. Pero esa concordancia tampoco es inmutable.

Es que las teorías no son sino esquemas de ordenación voluntariamente contruidos que resultan útiles para un ámbito especial de objetos, siempre y cuando la diversidad de lo real se ajuste efectivamente a ellos. Por ello, la diversidad estructural del objeto en el campo de las Ciencias Sociales, en contraposición a lo que acontece en el campo de las Ciencias Naturales, torna imposible su control técnico en las primeras -lo que si es factible y deseable en relación a éstas últimas-. Sin embargo, las Ciencias Sociales pueden liberarse de este trance en la medida en que se entienda al plexo de la vida social como una totalidad⁴ que determina, incluso, a la investigación misma⁵.

² Me he ocupado de este tema en mi trabajo: *Desviación de Poder y Abuso de Derecho*, Lexis Nexis, Bs. As., 2006, en especial Capítulo I.

³ De acuerdo: LARENZ, Karl, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1^o edición, 1994, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, ps 26-27. Agrega este autor que otra crítica que se efectúa al carácter científico del Derecho es que, en relación a la jurisprudencia, el jurista no puede aplicar normas jurídicas sin valorar y que los juicios de valor no son susceptibles de fundamentación racional. Frente a dicho cuestionamiento responde que la valoración se realiza dentro de ciertos límites: los que la propia jurisprudencia marca, de manera tal que la actitud valorativa del juez se halla condicionada. Quienes niegan el carácter científico al Derecho, lo conceptúan como "técnica de control social". Ver al respecto, p. ej., la exposición de LUMIA, Giuseppe, *Principios de teoría e ideología del Derecho*, Debate, Madrid, traducción de la edición italiana de 1973 de Alfonso Ruiz Miguel, ps. 15-19

⁴ Pues no debe olvidarse que existe una construcción de la realidad social que la Administración lleva a cabo a través del Derecho, que se produce en forma contingente e histórica; y que evita el conflicto social, en tanto ese edificio no se aleje demasiado de la realidad "real" que también forma parte de aquélla (Cfr.

Como las Ciencias Sociales trabajan con proposiciones empírico-analíticas, éstas tienen también un concepto de totalidad y las teorías que enuncian son teorías de sistemas; una teoría general, entonces, debería referirse al sistema social en su conjunto⁶. De allí la importancia que, a mi entender, cabe asignar a la concepción sistémica como punto de abordaje y de conocimiento de las Ciencias Sociales, del Derecho y del Derecho Administrativo, particularmente.

Se ha atribuido, especialmente, a VON BERTALANFFY, biólogo alemán, la estructuración y definición de la teoría en 1947 para describir los fenómenos estudiados en el campo de las Ciencias Biológicas⁷.

Esta doctrina parte de la premisa básica de la existencia de diversos sistemas -o subsistemas- con funciones específicas, pero nítidamente interrelacionados entre sí, interdependientes e interactuantes⁸, cuya finalidad es obtener objetivos determinados dentro de un plan, lo cual implica la inexistencia de una ruptura de cada uno de ellos con los demás.

Trasladada la idea al campo de los fenómenos sociales, éstos se consideran como sistemas *abiertos*, que funcionan en un entorno o contexto limitativo o condicionante y se traducen en una sucesión de hechos reiterados y renovados perpetuamente alrededor de las fases de entradas (*input*)-transformación-salidas (*output*). La supervivencia en el medio social, al igual que lo que ocurre en el evolucionismo biológico, determina la *eficacia* del sistema. Y en este punto es dónde se han centrado las críticas, pues tal exigencia de eficacia estaría

BELTRÁN, Miguel, *La construcción administrativa de la realidad social*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1986).

⁵ Cfr. HABERMAS, Jürgen, *La lógica de las Ciencias Sociales*, Tecnos, Madrid, 3ª edición, 1996, traducción de Manuel Jiménez Redondo, ps. 22-23. Aclara el filósofo alemán que con ello, la ciencia social pierde su presunta libertad en la elección de categorías y modelos y, con cita de TH. W. ADORNO, señala que ahora sabe que "no dispone de datos cualificados, sino únicamente de datos que vienen estructurados en el plexo de la totalidad social".

⁶ Cfr. HABERMAS, Jürgen, *La lógica...* ob. y loc. cit.

⁷ Los trabajos realizados a lo largo de décadas por Ludwig VON BERTALANFFY en torno a esta idea, se hallan reunidos en su obra *Teoría General de los Sistemas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976, traducción de la primera edición en inglés de 1968 efectuada por Juan Almela.

⁸ Con lo cual, la teoría, y el propio VON BERTALANFFY así lo admite, se conecta con la metafísica aristotélica, por aquello de que el todo es más que las partes, "...no una simple yuxtaposición o amontonamiento..." (Cfr. ARISTÓTELES, *Metafísica*, incluida en *Obras Completas*, Distal, Bs. As., 2003, Libro VIII, Capítulo VI.)

desatendiendo el carácter artificial del sistema organizativo y su incidencia en el suprasistema del que forma parte. Por eso se ha estimado que la eficacia de las organizaciones se debe valorar de acuerdo al beneficio social que son capaces de producir y no en relación a su aptitud de supervivencia⁹. Pienso que ambas cuestiones van unidas: la idoneidad de un sistema para satisfacer intereses generales, o para regular la conducta privada de los individuos, hará a su mantenimiento en el medio social. Caso contrario, será modificado o reemplazado por otro¹⁰.

Por otra parte, la advertencia de HABERMAS, en cuanto a que la teoría partiría de una dificultad de principio para describir los fenómenos sociales, esto es, la variabilidad estructural comparativamente alta de las sociedades y organizaciones frente a la de los organismos biológicos¹¹, con ser cierta, no le resta, empero, a mi modo de ver, la importancia que tiene para el estudio de las disciplinas sociales. A lo sumo, se me ocurre, el señalamiento obliga a ubicar situacionalmente cada sistema en su contexto temporal y espacial, para no incurrir en confusiones o en asertos falaces, como enseguida habré de precisar¹².

Un sistema jurídico, integrado por una constelación de normas, también presenta partes interrelacionadas con el todo y en recíproca interferencia. Y, por supuesto, se halla igualmente condicionado por su eficacia¹³.

UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

⁹ Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Eficacia y Administración*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Madrid, 1995, p. 95 y la opinión de KAST, Freemont E. y ROZENZWEIG, James, en su *Teoría General de los Sistemas: aplicaciones para la organización y gestión*, a quienes cita.

¹⁰ El principio de eficacia tiene raigambre constitucional en España, pues el art. 103. 1º de su norma fundamental, consagra una pauta directriz para toda la actividad administrativa: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho". Sobre la vinculación entre eficacia y organización, consultar: LORENZO DE MEMBIELA, Juan B., "Los principios de eficacia y organización en la estructura de la Administración Pública" en *Revista de Administración Pública*, Madrid, N° 164, mayo-agosto 2004, ps. 331-348.

¹¹ HABERMAS, Jürgen, ob. cit., ps. 309 y ss.

¹² Como dice VON BERTALANFFY: "...puede afirmarse que la ciencia social es la ciencia de los sistemas sociales. Por esta razón deberá seguir el enfoque de la ciencia general de los sistemas" (Cfr. VON BERTALANFFY, ob. cit, p. 204)

¹³ Sobre la eficacia de las normas como presupuesto de la existencia de un sistema jurídico, ampliar en: HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 1º edición, 2003, p. 201 y ss.

Para BOBBIO, además de la eficacia, ante cualquier norma jurídica también se plantean los problemas de su justicia y validez. En sus propias palabras: *"...el problema de la justicia es el de la correspondencia entre la norma y los valores superiores o finales que inspiran un determinado orden jurídico...el problema de la validez es el problema de la existencia de la regla en cuanto a tal...el problema de la eficacia es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige (los llamados destinatarios de la norma jurídica) y en caso de ser violada, que se la haga valer con medios coercitivos por la autoridad que la ha impuesto"*¹⁴.

Respecto de estas reflexiones del filósofo turinés creo conveniente efectuar dos aclaraciones.

La primera de ellas es que si relegamos la noción de eficacia de la norma a un mero acatamiento u observancia, por parte de los destinatarios -y a la posibilidad de imponer su consecuente sanción ante su incumplimiento-, la estaríamos despojando de sustancialidad. El acatamiento u observancia de una norma es consecuencia de su eficacia, y no a la inversa. Por ello es que, desde una perspectiva sistémica, los problemas deben reducirse a validez y eficacia (que implica no sólo su observancia, sino también esa correspondencia con los valores superiores o finales que inspiran un ordenamiento jurídico de los que nos habla BOBBIO).

La segunda es que la eficacia es una calidad de la norma jurídica que opera como su consecuencia no necesaria. En otras palabras, que su eficacia presupone su validez, sin condición de reciprocidad.

Desde este prisma sistémico, y con las modulaciones necesarias para concretar su aplicabilidad a las Ciencias Sociales en general y a las Ciencias Jurídicas en particular, parece necesario trazar una serie de notas que distinguen a un sistema jurídico de otros sistemas como un ser biológico o una máquina.

Así, las características de un sistema jurídico serían las siguientes: a) es *conceptual* (al igual que las matemáticas, la lógica o la música) por cuanto no se trata de una realidad que pueda percibirse en forma directa por los sentidos (como un animal o un avión), sino que se trata de una construcción simbólica que la mente

¹⁴ Cfr. BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, traducción de Eduardo Roza Acuña, ps. 34-35.

humana utiliza para percibir la realidad o modificarla); b) es *abierto*, al igual que los organismos biológicos, pues intercambia y transforma materiales con el medio ambiente y se halla en constante proceso de destrucción y reconstrucción; de muerte y renacimiento, ya que el Derecho debe dar constante respuesta jurídica a los conflictos humanos; c) es *orgánico*, en el sentido de que, al igual que los seres vivos, es una totalidad organizada, posee una información que ordena sus elementos componentes y que debe ser descubierta por el investigador y; d) es *activo y reactivo*, ya que es capaz de actuar por impulsos internos (iniciativas legislativas, impulsión de oficio, autocontroles, etc.) y, al mismo tiempo, funciona a impulsos externos¹⁵.

Con el auxilio de este herramental teórico es que se ha comenzado a hablar del Derecho Administrativo como "sistema" y, en tal sentido, la reciente obra del alemán SCHMIDT-ASSMAN, retomando los esbozos insinuados por MAYER y por POSADA¹⁶, años antes de conocerse las exposiciones de VON BERTALANFFY, es un significativo aporte en esta dirección¹⁷. Bajo este prisma, el autor germano concibe al Derecho Administrativo como una ciencia de dirección, esto es, con aspiración de dirigir los procesos sociales y,

¹⁵ Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, "La Teoría General de los Sistemas como matriz disciplinar y como método jurídico" en *Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al Profesor Garrido Falla*, Editorial Complutense, Madrid, 199, vol. I, p. 143 y ss.

¹⁶ En efecto, al estudiar las conexiones entre el Derecho Administrativo y el Civil, MAYER exponía que, de la mano del desarrollo *sistemático* el primero debía situarse al mismo nivel y adquirir idéntica jerarquía que la segunda (MAYER, Otto, *Derecho Civil Alemán*, Depalma, Bs. As., 2º edición, 1982, traducción de la edición francesa de 1904 de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, t.I, p. 27 y ss.). Por su parte, POSADA explicaba la necesidad de sistematizar el Derecho Administrativo, habida cuenta de que la creciente extensión de la actividad del Estado enriquecía el campo de relaciones jurídicas a estudiar. Y aclaraba, con cita de IHERING, que: "*La sistematización como ordenación -sistemática- de la materia, es una de las operaciones de simplificación teórica intelectual de la técnica; pero téngase en cuenta que <una clasificación sistemática no es una distribución puramente local de la masa de nociones contenidas en una ciencia, ni un simple encasillado determinado por motivos de oportunidad; indica, por el contrario, en forma de cuadro, lo que cada objeto y cada noción es y cómo se relaciona con todo el organismo de conjunto de la ciencia; es el árbol genealógico de las nociones>*" (POSADA, Adolfo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 2º edición, 1923, t.I, ps. 10-11).

¹⁷ SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, traducción de Mariano Bacigalupo, José María Rodríguez de Santiago, Javier Barnés, Blanca Rodríguez Ruiz, Javier García Luengo, Germán Valencia, Ricardo García Macho, Francisco Velasco y Alejandro Huergo.

por lo tanto, no detenida en la construcción dogmática de definiciones jurídicas, categorías, institutos o doctrinas, sino abocada -sobre todo- a la búsqueda de condiciones y presupuestos que doten al Derecho de *eficacia*.

En verdad, el Derecho en su totalidad es un sistema¹⁸, sus partes componentes, el Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo, el Derecho Civil, etc., interrelacionadas, interdependientes e interactuantes son subsistemas respecto a él, pero, a la vez, sistemas en sí mismos. Es imposible determinar si una regla es una norma jurídica y si existe como tal, si no se establece previamente su pertenencia a un sistema jurídico vigente¹⁹. Esta falta de toma de posición previa, a mi modesto entender, es la que ha generado mares de dudas y confusiones donde han naufragado los más sagaces y eruditos juristas en todas las épocas.

La Teoría de los Sistemas, entonces, permite, a mi modo de ver, extraer al menos dos consecuencias trascendentales en relación a nuestro objeto de conocimiento.

La primera de ellas es la unidad del Derecho como realidad (social) y la de la Ciencia del Derecho como única ciencia, más allá de las divisiones que de esa realidad o esa ciencia -sus subsistemas, que usualmente se denominan "ramas"- puedan trazarse con criterios empíricos o científicos²⁰. Y esta consecuencia es la que permitirá advertir la influencia -como acontece en relación a tantas otras instituciones del Derecho Administrativo-, del Código Civil, sobre la teoría de los vicios de la voluntad del acto administrativo o, lo que es lo mismo, la conexión, interrelación e interdependencia de un subsistema sobre otro. Este será el desarrollo que habré de desbrozar en los capítulos siguientes.

¹⁸ Y así se lo ha considerado entre nosotros por Ernesto GRÜN, *Una visión sistémica y cibernética del Derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995. "Sistémica", por cuanto, para su autor, implica un sistema o conjunto de sistemas altamente complejo y en continua y acelerada evolución que abarca muchísimos aspectos de la realidad humana y aún ecológica y "cibernética" por las numerosísimas interrelaciones y retroalimentaciones que presenta.

¹⁹ De acuerdo: NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Bs. As., 2º edición, p. 101.

²⁰ Pues como advertía hace ya bastantes años, Francesco CARNELUTTI, en su *Metodología del Derecho*, Valetta, Bs. As., 1990, traducción de Ángel Ossorio, p 24, esas divisiones "...no valen más que los confines dibujados con varios colores por el geógrafo sobre un mapa".

La segunda es la esencial mutabilidad y adaptabilidad de los sistemas jurídicos a los cambiantes entornos sociales, pues si la subsistencia de los mismos depende de su eficacia, ella sólo habrá de verificarse si éstos logran asegurar una regulación justa de la conducta humana en sociedad²¹, lo que de suyo implica un proceso de permanente variación y transformación. Esa aspiración a obtener una regulación justa se instrumenta mediante normas jurídicas, las que, ubicadas en cada subsistema, sentarán pautas directrices de esas conductas humanas, por ejemplo, prescribiendo cierta línea de acción o estableciendo una competencia determinada²².

Considerado el Derecho Administrativo como sistema, la eficacia de sus normas jurídicas determinará la del subsistema en el que se entroncan y, la de éste, a su vez, condicionará la eficacia del sistema en el que está inserto, evitando la parálisis o *entropía* que podría llevarlo a su destrucción. Ello explica que aquello que hoy consideremos "sistema", tal vez mañana deje de serlo. Es decir que, de un lado, los límites abarcativos del concepto son de una provisionalidad absoluta y, de otro, no nos impiden, hechas las precisiones necesarias del caso, considerar también como "sistemas" a otros que se hayan sucedido en el tiempo histórico. Se trata, en suma, de describir las propiedades denotativas y connotativas del objeto en tratamiento para despejar su ambigüedad y vaguedad (actual o potencial).

Esta visión que esbozo se asemeja a la de VON WRIGHT quien denomina *corpus* a un sistema finito de normas coexistentes y aclara que si las normas de ese corpus son históricas, esas historias pueden variar en duración. De ahí deduce que una norma muy duradera puede formar parte de muchos *corpora* diferentes que vendrían a ser la totalidad de normas que componen un ordenamiento o sistema jurídico²³.

²¹ Cfr. RENARD, Georges, *Le droit: La justice et la volonté. Conférences de introduction philosophique a le étude du droit*, Paris, Recueil Sirey, 1924, ps. 25 y ss.

²² Cfr. ROSS, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Bs. As., 1997, traducción de Genaro Carrió, p. 55 y ss.

²³ Von WRIGHT, Georg H., *Normas, Verdad y Lógica*, Fontamara, México, 20 edición, 2001, traducción de Carlos Alarcón Cabrera, ps. 37-38. Este autor destaca que el estudio de la concepción de los sistemas normativos como sucesión temporal de conjuntos se debe a ALCHOURRON y BULYGIN en su obra: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Oficina latinoamericana de investigación jurídica y social, Valencia (Venezuela), 1979, Cap. XI.

El problema con el que, desde el inicio, me tropiezo y que intentaré sortear, es que, con contadas excepciones, en el Derecho Administrativo, la dogmática jurídica, no ha ido demasiado más allá de lo que su autolimitado horizonte le permitía avizorar. En otras palabras: las más de las veces se ha servido, de manera autorreferencial, a sí misma y no al Derecho, desde una mirada asistemática no teniendo en cuenta que la utilización del conocimiento jurídico adquirido por su información del pasado es un insumo o *input*, que le permite orientar y solucionar resultados sociales de futuro, es decir, transformarlos en salidas o *ouputs*²⁴. Lamentablemente los tribunales han caído en ese mismo estado inánime que, si bien les confiere una aparente seguridad, proporciona una jurisprudencia conservadora, muy alejada de lo que idealmente cabe concebir como cabal realización del valor Justicia.

I.1.2. "Administración" y "Administración Pública" como conocimientos apriorísticos para caracterizar la función administrativa.

El primer acercamiento a ambos conocimientos, el que obtenemos de la significación semántica de la palabra "administrar" (del latín *administrare*), nos conecta con la realización de un servicio: literalmente "administrar" quiere decir "para servir".

Así, "Administración", *lato sensu*, significa "una acción específica emprendida para alcanzar un objetivo consciente"²⁵. En este sentido la idea de "Administración" se extendería a cualquier accionar del hombre que tiene en miras la consecución de un objetivo determinado²⁶. Para que exista "Administración", habrá entonces de verificarse la presencia de una nota común que será la cooperación humana para el desarrollo de tareas que concitan adhesiones en un medio social determinado²⁷. Serán, entonces, "administraciones",

²⁴ Cfr. LUHMANN, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, traducción de Rodrigo Fernández Carvajal, p. 27 y ss.

²⁵ MORSTEIN MARX, Fritz, comp., *Elements of Public Administration*, 2º ed., Englewood Cliffs, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1964, p. 4., cit. por HEADY, Ferrel, *Administración Pública. Una perspectiva comparada*, Fondo de Cultura Económica, México, 1º edición en español, 2000, traducción de Roberto Reyes Mazzoni, p. 34.

²⁶ Adolf MERKL, la concibe, en "sentido amplio", como "toda actividad humana planificada para alcanzar determinados fines humanos" (Cfr. *Teoría General del Derecho Administrativo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, p. 8.).

²⁷ Encuentro entre las nociones modernas de administración e institución una estrecha vinculación que, incluso, lleva a confundirlas. Recordemos que para Maurice HAURIOU, el régimen administrativo es un poder *instituido*, es decir,

tanto una empresa comercial, como un sindicato, una comunidad religiosa o una asociación deportiva²⁸.

Bajo las notas descriptas, y desde el punto de vista de las Ciencias de la Administración, la "Administración Pública", por oposición a la "privada", sería la que se inserta en un ambiente político y podría caracterizarse como la formulación, realización, evaluación y modificación de la política pública²⁹, es decir de la actividad estatal.

Partiendo de esa concepción, puede arribarse a una noción jurídica de "Administración Pública", considerándola como la organización del poder estatal para la satisfacción de sus fines: aquellos que justifican su creación, mantenimiento y subsistencia. Por eso, me adelanto a precisar, la "Administración Pública" es un elemento del Estado, que no agota la idea de este último -ya se verá por qué-, pero que le brinda una connotación práctica de la cual se nutre para no agotarse en una mera formulación teórica³⁰. Es decir que, de la noción, amplia o lata de "Administración", como planificación u organización de la actividad humana (de cualquiera), puede, en una primera aproximación, arribarse a su sentido jurídico adicionándole la palabra "Pública" para aludir a la planificación u organización de la actividad estatal³¹.

Desde tal perspectiva creo que, en cuanto a la presencia de esa organización del poder, contaron con "Administraciones Públicas", por caso, el Antiguo Egipto, China, el Imperio Romano y el Bizantino pues, movilizaron medios al servicio de fines estatales. Comparto, así, la postura doctrinaria que entiende que en toda época ha existido

encuadrado en una organización y sometido a una idea (Cfr. *Précis de droit administratif et de droit public*, Dalloz, Paris, 12^o Edition, p. 8.).

²⁸ De acuerdo: HEADY, Ferrel, ob. y loc. cit.

²⁹ DAVIS, James W. Jr., *An introduction to Public Administration: Politics, Policy and Bureaucracy*, Free Press, Nueva York, 1974, p. 4., cit por HEADY, Ferrel, ob. cit., p. 35.

³⁰ De acuerdo: BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano, *Curso de Ciencia de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1985, vol. I, p. 24.

³¹ En esta línea se ha dicho que: "La Administración Pública es una organización como lo son las empresas privadas, pero se trata de una organización fuertemente cualificada por la titularidad formal del poder con las numerosas consecuencias que esto conlleva en el contexto social actual. No puede establecerse una identidad y ni siquiera una analogía de las relaciones que se dan entre los elementos de las organizaciones públicas y los que existen en las privadas" (BAUZÁ MARTORELL, Felio J., *Aproximación a la Ciencia de la Administración*, Dikynson, Madrid, 1999, p. 26).

Administración, siendo errónea la idea de que hay que estudiar el Derecho Administrativo y la Administración, en forma excluyente, a partir del siglo XIX, cuando después de la Revolución Francesa surge el Estado Liberal de Derecho³².

GIANNINI se ha referido a un sentido "cultural" de "administración" advirtiéndonos de las referencias a la "organización administrativa" o "funcionarios" que los historiadores efectúan p.ej. en relación a que el Imperio Bizantino conservó la "excelente organización administrativa" de los romanos. Según el jurista italiano, al consultar las fuentes antiguas o medievales, se comprueba que los términos "administración", "organización administrativa" o "estructura administrativa", no eran usados, porque se comenzaron a acuñar a fines del siglo XVIII, y se desarrollaron plenamente en el XIX; por lo que, asevera, se trata de un caso de aplicación de nociones del presente a las civilizaciones del pasado³³.

Aunque podría discutirse si esta transposición es válida desde el punto de vista sociológico, me parece que las críticas a esta mirada "retrospectiva", que correctamente refuta GARCÍA-TREVIJANO FOS, tienen anclaje y fundamento en una visión centrada exclusivamente en torno a un determinado tipo de "Administración Pública": el que halló una formulación científica en la cameralística del siglo XVIII³⁴ y

³² Coincido, así, con la postura de José A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, t I, ps. 2-34, para quien en toda época ha existido Administración.

³³ GIANNINI, Massimo S. *Derecho Administrativo*, MAP. Madrid, 1991, traducción de Luis Ortega, ps. 37 y ss.; *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2º edición, 1987, traducción de M. Baena del Alcázar y J.M. García Madaria, p. 9 y ss.

³⁴ La cameralística, el antecedente de las Ciencias de la Administración, fue una disciplina que alcanzó un gran impulso bajo Federico Guillermo I de Prusia en la primera mitad del siglo XVIII. Su nombre proviene de las "Cámaras" que eran los órganos de la Administración prusiana. La cameralística se ocupó de todo lo atinente a la buena praxis administrativa, así como de materias relacionadas con las finanzas, los impuestos, la estadística y hasta la agricultura. Con la aparición del gigantesco aparato administrativo creado por Napoleón para consolidar el ideario liberal de la Revolución, luego extendido a toda la Europa continental, la Administración fue considerada como un fenómeno jurídico y la cameralística perdió su esplendor en las primeras décadas del siglo XIX. Sin embargo, no disminuyó un ápice su importancia en los países anglosajones, donde la inexistencia de un Derecho Administrativo y el sometimiento de la Administración -a la par de los privados- al *rule of law*, explican el incesante desarrollo posterior que diera lugar, a la postre, a la moderna Ciencia de la Administración, abocada al estudio de la organización administrativa y la más eficiente y eficaz obtención y aplicación de los recursos en la obtención de resultados o productos medidos en términos de satisfacción social. En el siglo XX, ante los desafíos del *Welfare State*, estas técnicas

-como se verá enseguida-; de "Derecho Administrativo": el que presenta las notas que le ha conferido a los Estados de Occidente el ideario de la gran revolución liberal de 1789 modelo que, con variantes, ha llegado a nuestros días.

Una visión sistémica permite, por el contrario, superar esa óptica estrecha y sesgada y comprender que esos fenómenos, tanto desde el punto de vista sociológico, como jurídico, se correspondieron *-dentro de sus respectivos sistemas, situados en un determinado entorno o ambiente que las investigaciones históricas permiten descubrir-*, con las nociones de lo que hoy se llama "Administración" "Administración Pública" -y aún "Derecho Administrativo"-, y luego fueron mutando, evolucionando o, sencillamente, desapareciendo cuando perdieron la aptitud de organizar el poder para cumplir determinados fines. La perspectiva de concebir el Derecho Administrativo como exclusivo producto del aparato funcional diseñado por NAPOLEÓN es inaceptable desde la metodología que utilizo. La falacia en la que se asienta proviene de omitir que cualquier manifestación social, como el Derecho, no es una creación de un sistema cerrado que aparece surgido *ex nihilo*, sino el resultado de un proceso de mutación, adaptación y sedimentación de técnicas institucionales y jurídicas que se desenvuelven en el devenir histórico³⁵.

Tomo, por ejemplo, el caso de Roma. Tradicionalmente el Derecho Romano ha sido y es objeto de estudio en los países de la Europa continental y de Latinoamérica por su indudable influencia en la formación de las instituciones de Derecho Privado. Pero, esa impronta romanista presente en el movimiento codificador que advino a la Revolución Francesa, no debe llevar a pensar que los romanos carecieran de un Derecho que organizara los asuntos públicos -o *res publica*-. Baste para descartar ello pensar solamente en la formación de sus ejércitos o en la construcción de obras monumentales cuyos vestigios se han conservado hasta hoy³⁶. Si no existió una

del "buen administrar" terminaron juridificándose en el resto de los países de Occidente. El préstamo fue recíproco pues los países anglosajones también incorporaron principios y normas desarrolladas por el Derecho Administrativo.

³⁵ De acuerdo, con este análisis, aunque sin remitirse a la teoría sistémica: VILLAR PALASÍ, José L., *Técnicas remotas del Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1º edición, 2001, p. 17. Quien aclara que lo que sí puede cambiar *saltuariamente* es la concepción política y doctrinal de estos procesos.

³⁶ Las obras de los grandes romanistas así lo sugieren: SAVIGNY admite la existencia de un "Derecho Público romano" que el Estado mantiene dentro de sí mismo y reprime cuando es violado y cita como fuentes del mismo los edictos, los decretos y los rescriptos. También recuerda que el culto a los dioses estaba a cargo

construcción normativa claramente diferenciada entre lo público y lo privado, ello se debió a la elasticidad de las normas del *ius civilis* que resultaron aptas para regular también las relaciones entre el poder público y los particulares^{37 38}. Y que aún continúan siéndolo, aspecto sobre el que haré girar la idea nuclear del presente trabajo³⁹.

I.1.3. Un intento de caracterización de la función administrativa como manifestación de la actividad estatal

"Función administrativa" -y también, como trataré más adelante, "acto administrativo"- es un concepto utilitario al Derecho Administrativo que, a la par de encontrarse estrechamente relacionado con él, se vincula con la noción misma de Estado. Sin embargo ese acendrado relacionamiento no debe llevar al punto de extraer una identificación plena, como habré de exponer enseguida.

Es que la más somera aproximación a la idea de lo que deba entenderse por "función administrativa", conecta, umbilicalmente, con los fines del Estado, o lo que es lo mismo decir, con su razón de

del Estado (SAVIGNY, M.F.C., *Sistema de Derecho Romano actual*, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878, traducción del alemán por M. Ch. Genoux, vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, t.I ps. 98 y ss.; t.II ps. 65 y ss.). Por su parte Theodor MOMMSEN trata distintos aspectos que se relacionan inequívocamente con la idea de "Administración Pública" en la Roma imperial como, por ejemplo el régimen de la ciudad y de la guerra; el ejército; el gobierno de las ciudades o la Administración de Italia y de las provincias, en su *Compendio de Derecho Público romano*, 1893, traducción de P. Dorado, p. 163 y ss.; 438 y ss.; 451 y ss. y 477 y ss.

³⁷ De acuerdo: GIANNINI, Massimo S., *Derecho...*, cit. p 43. Agrega el autor italiano que gran parte de determinadas relaciones que hoy consideraríamos reguladas por normas jurídicas se hallaban bajo directrices emanadas de normas sociales y religiosas. También señala que el trabajo de los esclavos satisfacía gran parte de lo que actualmente concebiríamos como servicios públicos.

³⁸ Las nuevas tendencias en los estudios romanísticos se han interesado por la búsqueda de normas administrativas dentro del Derecho Romano. Puede consultarse, en este sentido, el trabajo de FERNÁNDEZ BUJÁN, Antonio, *Derecho Público Romano y Recepción del Derecho Romano en Europa*, Civitas, Madrid, 5ª edición, 2000.

³⁹ Son ilustrativas al respecto las palabras de DUGUIT: "El poder público encuentra su primer origen en el Derecho Romano, como la mayor parte de las instituciones jurídicas bajo el que hasta el presente han vivido los pueblos civilizados de Europa. Durante el período feudal se eclipsa casi por completo y reaparece en la época moderna. Bajo la acción de los legistas se convierte en la soberanía real, mezcla del imperium romano y del señorío feudal. En el siglo XVI Bodin bosqueja la teoría. El rey es personalmente titular de la soberanía. En 1789 es desposeída de ella por la nación, cuyo derecho se trata de legitimar con la metafísica huera del Contrato Social" (Cfr. DUGUIT, León, *Las Transformaciones del Derecho Público y Privado*, Heliasta, Bs. As., 1975, traducción de Adolfo G. Posada y Ramón Jaén, ps. 9-10).

ser, su justificación y su pervivencia como sistema actuante en el medio social. Esos fines no son otra cosa que directrices, metas, propósitos o tendencias del cuerpo social, de carácter general que se le reconocen para que los realice a través de sus actividades (funciones). Con todo, la función administrativa no es el único medio de exteriorización de la voluntad estatal ni de cumplimiento de dichos fines.

Tradicionalmente se ha señalado que el Estado es el ordenamiento jurídico de una Nación, entendida esta última como un concepto sociológico caracterizado por un cúmulo de vínculos históricos, étnicos, lingüísticos, de costumbres y aun religiosos, comunes a una serie de individuos que moran en un mismo espacio físico⁴⁰. De este modo, se reconoce generalizadamente que, como expresión de una organización jurídico-política que vinculara a los habitantes con un territorio determinado, el Estado no resulta imaginable sino a partir de la expansión, durante el siglo XV, de varias ciudades italianas como Florencia, Venecia, Pisa, Nápoles, etc.⁴¹.

Los cambios de distintos órdenes operados en Europa en el tránsito de la Edad Media a la Edad Moderna, en especial después de la paz de Westfalia de 1648 (a la que se llegó tras una guerra de ochenta años entre España y los holandeses, más una guerra de treinta años que arrasó a Alemania), fueron factor determinante para que la pretendida autoridad del Emperador del Imperio Romano-Germánico se cancelara en favor de la aceptación de la plena soberanía de casi tres centenares de principados. Ello exigió el establecimiento del "Estado-Nación" con la base geodemográfica apuntada por MANCINI y con una nueva estructura de poder, burocráticamente organizada, el "Estado-absoluto". Este Estado halló su fundamentación teórica en la noción de soberanía, entendida como el poder supremo ejercido sobre súbditos y ciudadanos, sin restricciones en lo interior e indeclinablemente libre en lo exterior y se erigió en las más variadas formas como producto, a la vez, de la proposición de distintas teorías filosóficas y políticas.

⁴⁰ Es la definición clásica de MANCINI que recuerda DEL VECCHIO, Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1960, p. 404. Es obvio que, como se ocupa de precisar el iusfilósofo, la identidad Estado-Nación no se verifica fatalmente en la realidad política, pero toda Nación, aun no siendo Estado por sí misma, *tiende a convertirse en él*.

⁴¹ Aun cuando ciertos atisbos organizativos, como señalé *supra*, puedan encontrarse en las *civitas* romanas (y también en las *polis* griegas), según concuerdan los más recientes estudios romanísticos también más arriba aludidos.

Sobre cuál es el sentido ontológico del Estado se han vertido diversas explicaciones o teorías, de cuyo examen se aprecia que ellas son el fiel reflejo de su condición de sistema -los autores generalmente hablan de "categoría histórica"-, esencialmente mutable de acuerdo a los cambios experimentados en la realidad social que debe abordar⁴². Forzoso resulta no dejar de tener en cuenta tales mutaciones pues sólo examinando los elementos de juicio que ellas brindan, es como puede efectuarse un abordaje sistémico de la concepción de "función administrativa" y de "acto administrativo".

I.1.4. La tripartición de funciones del Estado.

Como se sabe, la doctrina clásica y la legislación positiva han reconocido tres actividades esenciales del Estado para realizar sus fines, las que se han delineado como resultado del esbozo de un principio lógico-racional -no exento de connotaciones políticas- provisto por el constitucionalismo de cuño liberal. Esas funciones clásicas, se han asignado correlativamente a tres órganos que ejercen partes del poder estatal, que es único.

Cabe resaltar que, si desde un miraje sistémico, nos retrotrájeramos a examinar cómo se encontraban organizados los Estados antiguos, podría encontrarse en ellos una asimilación de la función administrativa con la actividad estatal *total* destinada a alcanzar sus fines. De ese tronco común, entonces, se fueron desprendiendo la actividad legislativa y la judicial.

Así la formulación de MONTESQUIEU⁴³, si bien no entrañó una construcción enteramente original pues reconocía, a ese entonces, otros antecedentes doctrinarios⁴⁴, tuvo la virtud de distinguir no sólo

⁴² En efecto, las concepciones del Estado aristotélico-tomistas, contractualistas, organicistas, negatorias o positivistas, por citar diacrónicamente algunas de las formulaciones sucesivamente enunciadas, corroboran nuestra aserción pues, cada una de ellas, ha pretendido reflejar al Estado como realidad en sus distintas fases evolutivas, en sus mutaciones y en sus adaptaciones al entorno social circundante.

⁴³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, *Del espíritu de las leyes*, Oxford University Press, México, 1999, traducción española, en especial: Libro XI, "De las leyes relativas que forman la libertad política en sus relaciones con la Constitución", ps. 106-128.

⁴⁴ Así, por ejemplo, en ARISTÓTELES, *La Política*, incluida en *Obras Completas*, cit., especialmente Libro Sexto, Capítulos XI, XII y XIII, ps. 169-178 y en LOCKE, John, *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Losada, Bs. As., 1º edición, 2002, traducción del inglés de Cristina Piña, especialmente Capítulos XI y XII, ps. 95-106.

entre los sujetos y órganos estatales, sino acollarar a cada uno de éstos una función determinada. Esta concordancia subjetiva-objetiva no existía en sus predecesores pues en las doctrinas de éstos no mediaban reparos para que las mismas personas ejercieran varias funciones o todas al mismo tiempo. En palabras de JELLINEK: "*Según Aristóteles, las mismas personas pueden sentarse en el senado, en el gobierno, en el tribunal, y según Locke, el monarca participa de todas las actividades del Estado*"⁴⁵.

De este modo, la doctrina de MONTESQUIEU se constituyó en un punto de quiebre que resultó a la postre la piedra basal en la que se asentó la Revolución Francesa y tuvo un influjo decisivo en el desarrollo del constitucionalismo liberal moderno y del Derecho Administrativo a tal grado que, tradicionalmente, como adelanté, se acostumbra a fijar el "nacimiento" de este último a partir de dicho acontecimiento histórico trascendental en la historia de la humanidad.

Se ha expuesto que el éxito de la teoría de MONTESQUIEU se circunscribió más a los aspectos políticos que a la sistematización de la actividad orgánica, poniéndose un acento exagerado en la división de poderes y pretendiéndose, de allí, extraer de rondón que a cada poder le correspondía una función, confiriéndoseles autonomía e independencia⁴⁶. No obstante, la concreción de la teoría -y de allí su valor-, se plasmó mediante la consagración de una separación de funciones relacionadas, a su vez, con una separación de órganos, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, conformantes de manifestaciones de ese único poder estatal⁴⁷.

I.1.5. La funciones del Estado apreciadas desde criterios subjetivos u orgánicos y sustancialistas o materiales. En particular la función administrativa.

⁴⁵ JELLINEK, Georg, *Teoría General del Derecho y del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 2000, traducción de Fernando de los Ríos, p. 535.

⁴⁶ Cfr. FIORINI, Bartolomé, *Teoría de la justicia administrativa*, Alfa, Bs. As., 1944, p. 40 y ss.

⁴⁷ Como certeramente se ha expresado, y en vista a la asunción de cometidos que hubo de asumir el Estado Social de Derecho, en ese reparto, el órgano ejecutivo se benefició con el fragmento mayor: al disponer no sólo directamente de la fuerza pública, sino también de todas las atribuciones inherentes al intervencionismo económico y social, como ser, la planificación, los servicios públicos, la actividad de fomento y el incremento de su poder de policía, por contrapartida de los otros dos órganos que permanecieron con sus atribuciones sin mutar (GAUNA, Juan O., "La problemática del control judicial de los actos de la Administración Pública. La Teoría de la separación de poder", LL, t. 1979-C, ps. 922 y ss).

Es admitido que las funciones del Estado pueden apreciarse desde ambas perspectivas. Ninguna de las dos resulta sin embargo suficiente para trazar una línea divisoria de inobjetable nitidez.

Desde el punto de vista subjetivo u orgánico (a veces también llamado formal), puede hacerse la distinción según que el acto sea realizado por un órgano jurisdiccional, administrativo o legislativo, para así determinar si nos encontramos ante una función de tal o cual tipo; pero este criterio es insuficiente y, tomado a la letra, resulta ser erróneo, por cuanto en los órganos legislativos y jurisdiccionales también se realizan funciones administrativas.

Desde el punto de vista material, es decir, ateniéndose a la descripción externa de los actos mismos, serían actos legislativos los que establecen reglas de conducta humana en forma general e imperativa (es decir, los que crean normas o reglas de derecho); actos jurisdiccionales los que deciden con fuerza de verdad legal una cuestión controvertida entre dos partes, determinando el derecho aplicable; y actos propios de la función administrativa aquéllos que constituyen manifestaciones concretas (por oposición a las manifestaciones abstractas, como lo son la legislación y la jurisdicción) de voluntad estatal.

Pero desde luego que no cabe estarse a este criterio en forma literal pues ello implicaría afirmar que los tres órganos realizan las tres funciones y que no existiría, en suma, división de las mismas ni sistema de frenos y contrapesos alguno, lo cual es un absurdo. En realidad cada órgano ejerce materialmente en forma *preponderante* la función asignada, sin perjuicio de que, también realice actividades que, sustancialmente, puedan resultar homólogas a las realizadas por los otros dos.

En la formulación tradicional se sostiene que la progresiva ampliación de competencias operada en el poder administrador, a partir de la época napoleónica, al desbordar el concepto de la función administrativa como mera sostenedora de la ley, produjo un abandono de la concepción subjetiva para caracterizarla. En efecto, suele atribuirse a la extensión incesante del ámbito competencial del Estado que se tornase estrecha la noción de Administración Pública como complejo de órganos y sujetos que actúan en la órbita del

Poder Ejecutivo⁴⁸. De allí parece inferirse que resultó estimable recurrir a un sentido técnico que, al considerar a la función administrativa como "actividad", permitiera diferenciarla claramente de las funciones legislativa y judicial⁴⁹, sino también -como seguidamente expondré-, caracterizar al acto administrativo, sometido a un régimen de Derecho Público exorbitante del Derecho Privado, como su expresión más acabada.

Este esquema es útil para describir la función administrativa de acuerdo a la impronta que le impuso la Revolución Francesa y ello no es censurable en sí. Lo que no resulta admisible es presuponer su nacimiento a partir de ese fenómeno político, negando su preexistencia en otros sistemas estatales pretéritos.

También desde este prisma se expone que ya no habría bastado con la remisión a la imprecisa y vaga fórmula que entendía a la Administración Pública como la actividad del Estado tendiente a la realización de sus objetivos⁵⁰. Por el contrario, se habría tornado insoslayable una consideración en sentido material que tomara en cuenta sus notas tipificantes distintivas de las otras actividades estatales, es decir: su inmediatez, su practicidad, su concreción, su espontaneidad y su télesis que no debiera ser otra que la de lograr la satisfacción de los intereses generales⁵¹.

En esta composición sustancial, la función administrativa, si bien no resulta patrimonio exclusivo del órgano ejecutivo, y aparece también ejercida por el legislativo y el judicial, es el primero de ellos el que tiene preponderantemente a cargo su ejercicio. De allí que, como primera aproximación, me parezca acertada la descripción de la función administrativa como toda aquella que desarrollan: el órgano ejecutivo y la que despliegan los órganos legislativo y jurisdiccional, excluidas sus propias funciones⁵².

⁴⁸ Cfr. GARCÍA TREVIJANO-FOS, José A., *Tratado...cit.*, t. I, p. 50. Cabe acotar que en el derecho español la personalidad jurídica del Estado se verifica sólo en la Administración Pública que se separa y distingue del resto de sus actividades.

⁴⁹ Cfr. CASSAGNE, Juan C., *Derecho Administrativo*, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Bs. As., 9ª edición, t. I., p. 74.

⁵⁰ Cfr. FORSTHOFF; Ernst, *Traité de Droit Administratif Allemand*, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1969, traduit de l'allemand par Michelle Fromont, p. 37.

⁵¹ En análogo sentido: CASSAGNE, Juan C., ob. cit., p. 76, a partir de las notas definitorias propuestas por MARIENHOFF, GARCÍA TREVIJANO-FOS, VILLEGAS BASAVILBASO Y RIVERO.

⁵² GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 10ª edición, 2009, t. I, ps. X-1 y2. En una postura

Pero la función administrativa es, en definitiva, una actividad estatal, al igual que la legislación y la jurisdicción, por lo que, para distinguirla de estas últimas no basta con restarla de la actividad total del Estado y limitarse a señalar que es la que tiene por objeto el cumplimiento de sus fines. Es necesario, entonces, llegar a una determinación concreta, miraje desde el cual puede apreciarse que, mientras la actividad legislativa crea la norma, la jurisdiccional la realiza en caso de contienda y la administrativa la ejecuta, pero dentro de los límites que le marca el ordenamiento jurídico vigente⁵³.

que, en mi parecer, reformula esta tesis, llamada "residual", sin apartarse en esencia de ella, BARRA distingue "actividad" de "función". Para este autor "actividad" sería la relación de la expresión de la voluntad estatal con la norma jurídica por lo que, desde un punto de vista material, o jurígeno, las tres actividades (legislativa, administrativa, judicial) son connaturales al Estado pues son los medios o instrumentos con los que expresa su poder (causa formal) para obtener el fin propio y específico del bien común (causa final). Históricamente las tres actividades estaban concentradas en un solo órgano ubicado en el vértice de la pirámide estatal. En el constitucionalismo liberal se crearon dos nuevos órganos con el propósito de despojar al rey de las atribuciones que más afectaban al desarrollo de la burguesía: la legislación sobre materias afines a la libertad personal y propiedad y la interpretación de esas leyes con carácter de cosa juzgada. A partir de fines del siglo XVIII, señala BARRA, el Estado cuenta con tres órganos superiores y de máxima jerarquía que realizan, en mayor o menor medida, las tres actividades estatales, por lo que el criterio orgánico se torna insuficiente para caracterizarlos. Pero cada órgano realiza las tres actividades bajo un procedimiento preponderante y específico: el Ejecutivo expresa su voluntad a través de un procedimiento preponderantemente *jerárquico*; el Legislativo, previa *deliberación* y decisión *mayoritaria* y el judicial según la regla del *silogismo*. Además median limitaciones en cuanto a la materia, que se expresan a través de la *competencia* fijada por la Constitución a esos órganos (v.g. el Ejecutivo no puede crear impuestos). Concluye extrayendo que, del compuesto de órgano, competencia y procedimiento surge la *función* a la que define como la atribución de competencia otorgada a cada uno de los órganos supremos del Estado para que realicen sus actividades jurígenas sobre materias determinadas y preponderantemente conforme a un procedimiento típico preestablecido (Cfr. BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Ábaco, Bs. As., 2002, t.I, ps. 240-6). Podría objetarse de esta tesitura que, por caso, tomando la propia terminología y explicación de BARRA, el Ejecutivo también realizaría "función" legislativa cuando emite Reglamentos Delegados o dicta Decretos de Necesidad y Urgencia, pues en ambos casos mediarían: atribución de competencia otorgada específicamente a un órgano (el Ejecutivo), sobre materias determinadas y en base a un procedimiento típico preestablecido, según surge de los artículos 76 y 99, inc 3º de la C.N. Así, no parecería existir tal diferencia entre "función" y "actividad", con lo cual, la precisión que este enfoque pretende brindar, se desvanecería un tanto.

⁵³ De acuerdo: DIEZ, Manuel M., *El acto administrativo*, Tipográfica Editora Argentina, Bs As, 1961, p. 11 y ss. Para este autor la función administrativa se realiza únicamente en los casos en los que la ley o la Constitución lo han querido, por lo que los órganos administrativos están siempre ligados al ordenamiento jurídico.

Se ha señalado que todos los órganos del Estado exteriorizan su voluntad, aunque de distinta manera: permanente en el caso de la función administrativa y accidental en los casos de las funciones legislativa y judicial⁵⁴. Esta certera aserción, en nuestro orden constitucional, debe complementarse aclarando que el órgano ejecutivo también tiene a su cargo la función de gobierno y que las funciones administrativas de los órganos legislativo y judicial se ejercen, primordialmente, "*hacia adentro*".

Al poder administrador, además de la función administrativa sustantiva, le corresponden otras actividades, por ejemplo, la facultad reglamentaria, que es un acto de naturaleza legislativa; o la resolución de controversias en materias confiadas a órganos con especialidad técnica expresamente asignada, que son actos materialmente jurisdiccionales.

El Poder Judicial, además de ejercer la función jurisdiccional y la administrativa, *ad intra*, realiza otros actos de esencia legal como el dictado de fallos plenarios por parte de las Cámaras, de aplicación obligatoria para las salas y tribunales inferiores.

El Poder Legislativo, además de ejercer la función de emitir normas generales y abstractas, realiza actos de sustancia jurisdiccional (v.g., juicio político) o administrativa (v.g., nombramiento de su personal).

La función administrativa posee, por su parte, ciertas características diferenciales que permiten advertir su tránsito no sólo por los más diversos organismos estatales, sino también a través de

⁵⁴ ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, Arayú, Bs. As., 1954, traducción de la 5ª edición italiana (1949) de Héctor Masnatta, p. 23, dice que la legislación y la jurisdicción son accidentales porque se agotan en actos puramente psíquicos de voluntad, mientras que la administración agrega al elemento psíquico de la voluntad, el elemento material de la actividad práctica que opera directamente sobre la realidad. ROMANO, Santi, *Corso di Diritto Administrativo*, Casa Edictrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1937, p. 2., contrasta la "permanencia" de la actividad administrativa frente a la "intermitencia" de la legislativa y judicial que operan en relación al futuro y al pasado, respectivamente. Análogamente se pronuncia DIEZ, Manuel M., *El acto...*, ob. y loc. cit., pues destaca su carácter continuo, por contraposición al "intermitente" de la función legislativa y jurisdiccional. También resalta que es concreta. De ahí que define a la función administrativa en sentido material como la actividad funcional y concreta del Estado que satisface las necesidades colectivas en forma directa, continua y permanente y con sujeción al ordenamiento vigente. Asimismo, el citado tratadista expresa que es la más amplia de las tres; es la actividad fundamental, la que colabora en la ejecución de las leyes y sentencias y para que ellas sean más eficientes.

los entes públicos no estatales o, todavía, en ciertas ocasiones, mediante su desplazamiento a favor de particulares⁵⁵.

I.1.6. ¿El Derecho Administrativo como el "derecho de la función administrativa" adquirió sustancialidad y nació con la Revolución Francesa?

De lo que hasta aquí vengo exponiendo podría concebirse simplemente al Derecho Administrativo como aquél que regula la función administrativa⁵⁶. Sin embargo, las dificultades descriptas precedentemente, en torno a la función administrativa, se reproducen aquí.

Por de pronto, a la difundida idea de que el Derecho Administrativo nació con la Revolución Francesa, también suele añadirse que es consecuencia del denominado "Estado de Derecho"⁵⁷, lo cual vendría a resultar un correlato secuencial lógico de los criterios "clásicos" de función administrativa que he tratado en el punto anterior.

Así, en la literatura jurídica francesa, puede extraerse dicha idea de la lectura de las obras de HAURIUO, VEDEL, WEIL y RIVERO-WALINE⁵⁸. También campea tal tesis en los trabajos de autores

⁵⁵ Debo aquí destacar que para CASSESE, en el Derecho Administrativo, existe una contraposición entre el término "función" (entendido como actividad necesaria para el funcionamiento de una colectividad y regido por el Derecho Público, v.g.: el orden público) y el término "servicio" que, en sentido subjetivo, indicaría todas aquellas actividades que, sin ser función, pueden ser llevadas a cabo tanto por la Administración como por los particulares (v.g.: transportes) y que, en sentido objetivo, aludiría a todas aquellas actividades que, sin ser función, son consideradas de interés público (Cfr. CASSESE, Sabino, *Las bases del Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1994, traducción de Luis Ortega, p. 104).

⁵⁶ Se lo ha definido, "sustantivamente", por ejemplo, como el "...Derecho que regula el ejercicio de actividades dirigidas a finalidades de interés público, para cuya consecución el ordenamiento concede potestades singulares" (MARTÍN MATEO, Ramón, "La sustantividad del Derecho Administrativo" en *Revista de Administración Pública*, Madrid, Nº 53, 1967, ps. 35-71).

⁵⁷ El concepto se atribuye a la labor de los juristas alemanes de la primera mitad del siglo XIX, en especial a Robert VON MÖHL. A expensas de él se pretende describir un tipo de organización estatal que, de consuno con los postulados de la Revolución Francesa, se desenvuelve de acuerdo a la ley y en las relaciones con los administrados se somete a un conjunto de reglas que, a la par de reconocer los derechos de éstos, limita su accionar en la consecución de esos fines, predeterminando las vías y medios que puede utilizar para lograrlos.

⁵⁸ HAURIUO, Maurice, *Précis...*cit., ps. 30 y ss.; VEDEL, Georges, *Droit Administratif*, Presses Universitaires de France, Paris, 1961, 12^e édition, p. 44 y ss.; WEIL, Prosper, *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1^o edición, 1986,

italianos como ROMANO y ZANOBINI⁵⁹ o en la de alemanes como MAYER⁶⁰.

Si leemos, por caso, las obras de autores españoles la óptica es similar. En esa línea, ENTRENA CUESTA postula que el Derecho Administrativo nace por la necesidad de la Administración de hacer efectivos los derechos subjetivos públicos que el Estado de Derecho reconoce a los ciudadanos frente a ésta y es producto de la gran revolución política de fines del siglo XVIII⁶¹. Análogamente, GARCÍA DE ENTERRÍA es elocuente al sostener que el ideario de la revolución aseguró que el Estado se viera en la obligación de proteger y garantizar los derechos de los individuos, prohibiéndole dictar leyes o realizar actos que resultaren atentatorios contra ellos⁶². También este autor expresa que el fin del Estado halló concreción en un Derecho cuyo objeto no podía sino reducirse a asegurar la coexistencia y límites de las libertades consagradas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, pieza fundamental del movimiento revolucionario⁶³.

Creo que esta identificación no debe aceptarse en términos tan estrictos y requiere de ciertas precisiones.

Dejando de lado la comprobación de la existencia de organización, de ejercicio de funciones administrativas y, en fin, de normas públicas -que no de un "Derecho Administrativo" análogo al *régime administratif*-⁶⁴, en Grecia, Roma y en la Edad Media⁶⁵, lo

traducción de Luis Rodríguez Zúñiga, p. 39 y ss.; RIVERO, Jean-WALINE, Marcel, *Droit Administratif*, Dalloz, 18e édition, ps. 13-18

⁵⁹ ROMANO, Santi, *Corso...*cit. p. 20; ZANOBINI, Guido, *Curso...*cit., ps. 56-57.

⁶⁰ MAYER, Otto, ob. cit., t. I, p. 67 y ss.

⁶¹ Cfr. ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 11ª edición, 1995, ps. 48 y 49

⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lengua de los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, 1ª edición, 1994, ps. 75-82

⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Taurus, Madrid, 2ª edición, 1972, p. 19.

⁶⁴ Para GORDILLO, el Derecho Administrativo, en cuanto a conjunto de normas que regulan las relaciones del Estado con los individuos ha existido siempre (Cfr. GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., vol. I, p. II-1).

⁶⁵ Puede verse a la tasación de precios como técnica de policía administrativa, muy anterior al Derecho Administrativo liberal, de la cual se hallan vestigios que remontarían al Medioevo (Cfr. VILLAR PALASÍ, José L., "Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado", RAP, Madrid, N° 16, ps. 11-83).

cierto es que la existencia de un régimen administrativo se conformó con la consolidación del Estado-Nación, -según he referido más arriba-, es decir con el advenimiento del absolutismo que precedió a la Revolución Francesa y que no centró, precisamente, sus esfuerzos en asegurar la vigencia de las libertades públicas sino en el mantenimiento de la defensa exterior y de la paz interior. Esta postura ha sido compartida entre nosotros por GROISMAN para quien el Estado moderno no comenzó con la Revolución Francesa, sino con el absolutismo. Según este autor, ese status categorial fue adquirido a partir del momento en que esos Estados monárquicos contaron con la posibilidad de imponer el pago de impuestos para sufragar los gastos públicos, presupuesto que implicó la separación entre el patrimonio del príncipe y el estatal⁶⁶ y, en todo caso, agrega, las limitaciones al poder tienen una larga historia anterior a la Revolución Francesa, como por ejemplo, en los fueros comunales o en la Carta Magna^{67 68}.

⁶⁶ Este dato es relevante tanto para Herman HELLER, *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición en español, 1942, traducción de Luis Tobío, p. 146, como para Max WEBER, *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2ª edición en español, traducción de José Medina Echavarría, Juan Rousa Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez y José Ferrater Mora, p. 727.

⁶⁷ GROISMAN, Enrique, "Observaciones críticas sobre la relación entre Derecho Administrativo y Estado de Derecho" en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Bs. As., No 18, 1977, p. 31 y ss. Análogamente, DESDENTADO DAROCA apunta sobre la existencia de normas en el Antiguo Régimen aplicables al Príncipe y a otras autoridades, es decir, con especificidad y sustantividad propia y exorbitancia frente al Derecho Privado. Según esta autora: "Puede concluirse, pues, que había ya un Derecho Administrativo en el Antiguo Régimen, que a su vez se basó en las instituciones que el Derecho Canónico recibió del Derecho Romano, así como en el Derecho Regio del período intermedio creado por las curias regias también a partir del Derecho Romano. Sobre la base de ese Derecho Administrativo del Antiguo Régimen y sin una ruptura completa con el mismo, pero moldeándolo con los nuevos principios ideológicos y políticos, con el constitucionalismo moderno y, sobre todo, la Revolución Francesa y la obra napoleónica, dieron nacimiento a un nuevo Derecho Administrativo: el Derecho Administrativo propio de un Estado de Derecho. Pero el hecho de que antes de ese momento no existiera el Derecho Administrativo propio de un Estado de Derecho no puede llevarnos a afirmar la ausencia de todo Derecho Administrativo. Cada etapa histórica imprime la huella de los principios ideológicos y políticos predominantes sobre las normas, instituciones y técnicas administrativas, pero la sustantividad o especificidad del Derecho Administrativo no desaparece" (Cfr. DESDENTADO DAROCA, Eva, *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, ps. 13-14).

⁶⁸ Análogamente, GALLEGO ANABITARTE considera que hablar de una "creación" del Derecho Administrativo entraña una ambigüedad ya que, si se entiende por tal un conjunto de normas que regulan la organización y el

Lo novedoso y original de la Revolución y el surgimiento de "su" Derecho Administrativo francés, sostiene VILLAR PALASÍ, se verificó más en el terreno político que en el jurídico, al retomarse el impulso del proceso de creación y absorción del poder iniciado en el siglo XIII, a comienzos del absolutismo regio y detenido en la época de la Ilustración⁶⁹. Pero es cierto también que el hito político de 1789 estableció un sistema de seguridad jurídica, secularizado, es decir, desvinculado de las instancias superiores o teológicas, en el cual el poder soberano monárquico pasó a manos de la Administración⁷⁰, que actuó amparada en la presunción de legalidad y ejecutoriedad de sus actos, reproducción de la *praesumptio per se* que, en el Derecho regio, caracterizaba a las decisiones del Príncipe⁷¹. La tutela administrativa, por otra parte, como lo demuestra con elocuencia DE TOCQUEVILLE era una institución del Antiguo Régimen⁷².

Anoto que, en una posición que podría catalogarse de ecléctica, y luego de un repaso de las opiniones de distintos autores, CHINCHILLA MARÍN arriba a la conclusión de que el Derecho Administrativo surge de y con la Revolución Francesa, aunque no de la nada, ni como algo arquetípico o acabado, sino como la ruptura con el orden absolutista establecido, del cual toma aquellos privilegios o prerrogativas que han subsistido hasta nuestros días, como pueden ser la ejecutoriedad o el *solve et repete*⁷³.

USAL

procedimiento de las autoridades públicas, es indudable que ha existido en España en el Antiguo Régimen, entre los siglos XVI y XVIII (Cfr. GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, "Influencias nacionales y foráneas en la creación del Derecho Administrativo español" en: *Posada Herrera y los orígenes del Derecho Administrativo en España*, (Obra Colectiva) INAP, Madrid, 2001, ps. 31 y ss).

⁶⁹ VILLAR PALASÍ, José Luis, *Técnicas...*cit., p. 18.

⁷⁰ Insisto, una vez más, que las condiciones socioeconómicas imperantes fueron la verdadera fuerza propulsora del cambio de sistema, más allá de toda su justificación teórica racionalista. Como bien apunta FOUCAULT, con el advenimiento del capitalismo surgió una nueva distribución espacial y social de la riqueza industrial y agrícola, y el poder, la clase industrial y propietaria, hubo de organizar, para resguardarla, nuevos controles sociales en una versión autoritaria y estatal (*La verdad...*, cit., ps. 119-120).

⁷¹ VILLAR PALASÍ, José L., *Técnicas...*cit., ps. 18 y 27. Aclara este autor que la ley se convirtió en la expresión de la voluntad general y, de ese modo, se cerró la discusión sobre el proceso de "estatalización" del Derecho. Al Parlamento le quedó, esencialmente, la regulación del acto de plena disposición del Derecho Privado, tarea que cumplió a través de la labor codificadora.

⁷² DE TOCQUEVILLE, Alexis, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Fondo de Cultura Económica, México, 1º edición, 1996, traducción de Jorge Ferreiro, ps. 151-160.

⁷³ CHINCHILLA MARIN, Carmen, "Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del Derecho Administrativo" en *Nuevas perspectivas del Derecho*

I.1.7. ¿El Derecho Administrativo surgió como producto de la división de funciones estatales impuesta por la Revolución Francesa?

Es innegable que la división de funciones que instauró el proceso revolucionario francés confirió nuevos perfiles al Derecho Administrativo, pues la asignación de competencias propias a cada órgano estatal pretendió instaurar un mecanismo de controles recíprocos que, en definitiva, propendieron al sometimiento del poder administrador a la juridicidad.

Pero, como también certeramente apunta GROISMAN⁷⁴, si en ello se quiere hallar un elemento distintivo en la formación del Estado moderno y la acreditación de que a partir de allí nace el Derecho Administrativo, bastará con precisar que la francesa se trata sólo de una de la técnicas posibles de sometimiento de la Administración al Derecho, pues tales articulaciones se han perfilado de manera distinta en el resto de la mayoría de los países de la Europa continental. La tesis clásica llevaría, entonces, a negar la existencia de un Derecho Administrativo en ellos.

En Francia, en efecto, el control de la actividad administrativa partió de una original interpretación de la teoría de MONTESQUIEU, fundada en razones históricas y políticas: la Administración debía juzgarse a sí misma pues, de lo contrario, el Poder Judicial (dominado por el estamento nobiliario y poco confiable para la burguesía triunfante) estaría invadiendo su esfera de atribuciones⁷⁵. El Consejo de Estado fue, entonces, el órgano administrativo encargado de proponer, primero, resoluciones al Ejecutivo y, luego, de resolver directamente los casos de conflictos con los administrados. La idea reposó en el principio *juger l' Administration c'est encore administrer* (juzgar a la Administración es también administrar)⁷⁶.

Administrativo. Tres estudios. (Obra colectiva), Civitas Madrid, 1º edición, 1992, ps. 26-50.

⁷⁴ GROISMAN, Enrique, ob. cit.

⁷⁵ Recuerda Alexis DE TOCQUEVILLE que al comienzo de la Revolución no había en Europa un país en que los tribunales ordinarios fueran más independientes que en Francia, por contraposición a lo que acontecía en Alemania, donde el príncipe tenía el suficiente dominio sobre los jueces (*El Antiguo Régimen...*, cit., p. 161)

⁷⁶ La supuesta superioridad del sistema inglés respecto al francés, que DICEY pregonara en su tiempo, denunciando que este último se basaba en el error de implementar una justicia administrativa que sólo podía existir con el propósito de dar a los funcionarios un conjunto de privilegios o prerrogativas contra los ciudadanos, no es admitida en la actualidad por los propios autores anglosajones. Se destaca así que, por contrapartida, el modelo francés ha elaborado un sistema de garantías a favor de los particulares, incluso más generoso que el británico y